



University of Groningen

**De procedurele autonomie wijkt (opnieuw) voor de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen (HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL)**

Pavillon, C.M.D.S.

*Published in:*  
Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Pavillon, C. M. D. S. (2007). De procedurele autonomie wijkt (opnieuw) voor de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen (HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL). *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, nr. 4, 149 - 157.

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

## De procedurele autonomie wijkt (opnieuw) voor de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen (HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*)<sup>1</sup>

Nr. 17

C.M.D.S. Pavillon<sup>2</sup>

### Inleiding

Op 26 oktober 2006 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) uitspraak gedaan in de zaak *Elisa María Mostaza Claro* tegen *Centro Móvil Milenium SL*.<sup>3</sup> In deze zaak werd door mevrouw Mostaza Claro, als consument, een beroep op de nietigheid van een arbitraal beding gedaan. Het probleem was dat zij dit pas na afloop van de arbitrageprocedure, ten overstaan van de overheidsrechter deed. De Spaanse arbitragewet stelde toentertijd de eis dat een beroep op de nietigheid van de arbitrageovereenkomst moest worden gedaan op het moment van het indienen van de oorspronkelijke eis.<sup>4</sup> De Spaanse rechter wendde zich derhalve tot het HvJ EG met de vraag of hij op grond van de Richtlijn oneerlijke bedingen<sup>5</sup> niettemin bevoegd was om dit beroep te honoreren. Het HvJ EG stelde dat de rechter hiertoe bevoegd was, anders zou de doelstelling van art. 6 richtlijn (dat oneerlijke bedingen de consument niet binden) niet worden bereikt.

De motivering van het HvJ EG berust op twee premissen, enerzijds de analogie met de *Benetton*-uitspraak<sup>6</sup> (de vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met het EG-recht van openbare orde) en anderzijds het openbare belang van de in twee eerdere arresten<sup>7</sup> met betrekking tot de richtlijn uitgewerkte beschermingsgedachte (die ook ten grondslag ligt aan de ambtshalve toetsingsbevoegdheid van de nationale rechter). Beide premissen dragen de impliciete conclusie dat de bepalingen uit de Richtlijn oneerlijke bedingen van openbare orde zijn<sup>8</sup> en dat de vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis op grond van schending van die bepalingen moet worden toegewezen. (I)

De argumentatie van het HvJ EG vraagt om een kritische

beschouwing (II), temeer daar zij omwille van het doeltreffendheidsbeginsel<sup>9</sup> tegen de nationale procesautonomie indruist. Het is de tweede keer dat het HvJ EG in het kader van de uitleg van de Richtlijn oneerlijke bedingen nationale procesregels onderwerpt aan de effectieve doorwerking van deze richtlijn. Dit gebeurde eerder in de *Cofidis*-uitspraak na een prejudiciële vraag van een Franse rechter.<sup>10</sup> (III) De nasleep van de *Cofidis*-uitspraak in Frankrijk laat echter zien dat de consument niet vanzelfsprekend is gebaat met een verregaande inmenging van het HvJ EG in het nationale procesrecht. Wat zullen in dit opzicht de gevolgen van de *Mostaza Claro*-uitspraak zijn voor de Nederlandse consument? (IV)

In het kader van zijn interpretatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen, reikt de inmenging van het HvJ EG in het nationale procesrecht verder dan de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel. Naar aanleiding van een prejudiciële vraag van een Spaanse rechter legde het HvJ EG in het *Océano*-arrest art. 6 lid 1 en 7 lid 1 richtlijn zo uit, dat de nationale rechter ambtshalve mocht toetsen of een beding oneerlijk was. De *Mostaza Claro*-uitspraak heeft mogelijk verstrekende gevolgen voor de reikwijdte van deze bevoegdheid: de conclusie dat de bepalingen van de richtlijn van openbare orde zijn, lijkt de dwingende aard van de bevoegdheid te bevestigen. (V) Tot slot dient te worden stilgestaan bij het contrast tussen de actieve bemoeienis van het HvJ EG met de processuele setting van de oneerlijkheidstoets (bestaand uit de opheffing van procesrechtelijke belemmeringen en de vaststelling van de rol van de rechter) en de toenemende terughoudendheid<sup>11</sup> ten aanzien van de (inhoudelijke) concretisering van de toets zelf. (VI)

1 Mijn dank gaat uit naar prof. mr. H.B. Krans en prof. mr. M.H. Wiskink voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies.

2 Mw. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon is verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

3 HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*.

4 De Spaanse arbitragewet is inmiddels aangepast op dit punt: *Mostaza Claro*, r.o. 32.

5 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95.

6 HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, *Eco Swiss/Benetton*, *NJ* 2000, 339.

7 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*, *NJ* 2000, 730 en HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, *Cofi-*

*dis/Fredout*, *NJ* 2003, 703, m.nt. MRM.

8 Het HvJ EG stelt dit niet met zoveel woorden.

9 Het doeltreffendheidsbeginsel (procesregels mogen de uitoefening van de EG-rechtelijke vorderingsrechten niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken) en het gelijkwaardigheidsbeginsel (procesregels voor vorderingen naar EG-recht mogen niet ongunstiger zijn dan die voor vorderingen naar nationaal recht) vormen samen de voorwaarden voor toepassing van EG-recht binnen het raamwerk van het nationale procesrecht: HvJ EG 16 december 1976, 33/76, *Rewe*, *Jur.* 1976, p. 1989.

10 Zie noot 7.

11 HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten v. Hofstetter*, *NJ* 2005, 75, waarin het HvJ EG de concrete invulling van de oneerlijkheidstoets aan de nationale rechter overliet.

## ■ I. Het arrest

### ■ 1. De feiten<sup>12</sup>

In 2002 sloot mevrouw Mostaza Claro een abonnement af bij de Spaanse mobiele telefonieaanbieder *Móvil*. In de abonnementsovereenkomst was een arbitraal beding opgenomen. Mevrouw Mostaza Claro zegde het abonnement eerder op dan volgens het contract was toegestaan, waarna *Móvil* een arbitrageprocedure bij de Europese organisatie voor arbitrage en bemiddeling (AEADE) startte. Mevrouw Mostaza Claro kreeg tien dagen de tijd om de arbitrage te weigeren en de gronden voor deze weigering bekend te maken. Van deze mogelijkheid maakte zij echter geen gebruik. Wel maakte zij ter verdediging enkele opmerkingen over de grond van het geschil.

Zij werd door de arbiter in het ongelijk gesteld. Dit arbitraal vonnis vocht zij vervolgens aan bij de verwijzende rechter met een beroep op het oneerlijke karakter van het arbitraal beding in de overeenkomst met *Móvil*. Mevrouw Mostaza Claro had zich niet eerder op het oneerlijke karakter van het beding beroepen, terwijl de Spaanse arbitragewet de eis stelde dat een beroep op de nietigheid van de arbitrageovereenkomst moest worden gedaan op het moment van het indienen van de oorspronkelijke eis.<sup>13</sup>

De *Audiencia Provincial de Madrid* constateerde de nietigheid van het aan de arbitrageovereenkomst ten grondslag liggende beding. De Spaanse rechter was het met mevrouw Mostaza Claro eens dat het arbitraal beding de oneerlijkheidstoets in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen niet kon doorstaan. Het had dus niet in de consumentenovereenkomst mogen worden opgenomen. De vraag was echter of de Spaanse rechter de bijbehorende nietigheidssanctie in weerwil van nationaal procesrechtelijke bepalingen desalniettemin moest toepassen:

*‘Moet richtlijn 93/13/EEG aldus worden uitgelegd dat de daarin gewaarborgde bescherming van de consument van de rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en het vonnis nietig verklaart wanneer hij van oordeel is dat deze arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat, wanneer deze nietigheid eerst in het kader van het beroep tot vernietiging is opgeworpen, en niet tijdens de arbitrageprocedure?’<sup>14</sup>*

### ■ 2. De redenering van het HvJ EG

Het HvJ EG beantwoordde de vraag bevestigend. De redenering die leidde tot dit antwoord heeft veel weg van een syllogisme. Zij bestaat uit twee premissen waaruit een logische conclusie voortvloeit. ‘Wanneer een nationale rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewij-

zen, (moet) hij dat ook (...) doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van soortgelijke communautaire regels’.<sup>15</sup> De Richtlijn oneerlijke bedingen bevat vanwege ‘de aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door (haar) aan de consument verschaft bescherming berust’<sup>16</sup> soortgelijke regels. De tweede stap wordt weliswaar impliciet gezet maar kan worden afgeleid uit de vele overwegingen<sup>17</sup> die zijn gewijd aan (het openbare belang van) de beschermingsgedachte. De hieruit voortvloeiende conclusie is dat ‘de richtlijn (...) van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen’.<sup>18</sup>

Achter deze argumentatie schuilt een afweging tussen de doeltreffendheid van de nationale arbitrale rechtspleging en de effectieve doorwerking van de (bescherming op grond van de) Richtlijn oneerlijke bedingen. Argumenten ten behoeve van de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging, als door *Móvil* en de Duitse regering naar voren gebracht, worden kort aangestipt<sup>19</sup> maar wegen volgens het HvJ EG niet op tegen de noodzaak van de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen en daarin gelegen beschermingsstelsel.<sup>20</sup> Dit geldt temeer nu dit stelsel van openbaar belang (lees: openbare orde) is. Op deze afweging zal in (III) worden ingegaan.

### ■ 3. Analogie met de Benetton-uitspraak: eerste premisse

In *Mostaza Claro* staat net als in de *Benetton*-zaak de vraag centraal of een rechter een arbitraal vonnis vanwege strijd met EG-recht moet vernietigen.<sup>21</sup> Deze gelijkenis werd door het HvJ EG aangegrepen om de *Benetton*-uitspraak als precedent te hanteren. De aan deze uitspraak ontleende redenering leidt ertoe dat de Richtlijn oneerlijke bedingen op impliciete wijze, vanwege haar ‘onontbeerlijke’ karakter, als van openbare orde wordt aangemerkt.<sup>22</sup> Het was sinds het arrest *Benetton* duidelijk dat de rechter ‘een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis moet toewijzen wanneer dat vonnis (...) in strijd is met art. 81 EG, indien hij volgens de regels van zijn nationaal procesrecht een vordering tot vernietiging op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen’. Nu geldt deze overweging ook in het geval dat een arbitraal vonnis is gebaseerd op een arbitraal beding dat in strijd is met art. 3 Richtlijn oneerlijke bedingen.

### ■ 4. Openbaar belang van de bescherming op grond van de richtlijn: tweede premisse

Het beschermingsstelsel van de richtlijn zoals door het HvJ

12 *Mostaza Claro*, r.o. 16-20.

13 Vgl. art. 1052 lid 2 Rv.

14 *Mostaza Claro*, r.o. 20.

15 *Mostaza Claro*, r.o. 35.

16 *Mostaza Claro*, r.o. 38.

17 *Mostaza Claro*, r.o. 25-31 en r.o. 36-38.

18 *Mostaza Claro*, r.o. 39.

19 *Mostaza Claro*, r.o. 33-34. De naar voren geschoven efficiëntieoverwegingen worden in het arrest niet nader uitgewerkt. Vgl. *Benetton*,

r.o. 35.

20 *Mostaza Claro*, r.o. 35-39.

21 In de *Benetton*-zaak ging het om een arbitrale uitspraak die uitvoering zou geven aan een op grond van het mededingingsrecht nietige overeenkomst. Het gaat in de *Mostaza Claro*-zaak om een met de Richtlijn oneerlijke bedingen strijdig arbitraal beding (m.a.w. de arbiter was onbevoegd).

22 *Mostaza Claro*, r.o. 35-38.

EG in eerdere rechtspraak geïnterpreteerd (a) is van openbaar belang (b).

- (a) De consument bevindt zich ten opzichte van de verkoper in een 'zwakke onderhandelingspositie' en beschikt over 'minder informatie', 'wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen'.<sup>23</sup> 'Een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om' is de enige manier om een einde te maken aan 'deze situatie van ongelijkheid'.<sup>24</sup> Om die reden heeft het HvJ EG de richtlijn eerder zo uitgelegd dat het door art. 6 en 7 van de richtlijn beoogde resultaat (een oneerlijk beding mag een consument niet binden en het gebruik van dergelijke bedingen moet worden gestaakt) vergt dat de rechter ambtshalve toetst of een beding oneerlijk is.<sup>25</sup> Alleen dan kan de consument daadwerkelijk worden beschermd, 'met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen' en daardoor geen beroep doet op de oneerlijkheid van een beding.<sup>26</sup> Dit geldt ook wanneer een consument de oneerlijkheid van een arbitraal beding niet tijdig (i.e. tijdens de arbitrageprocedure) heeft opgeworpen.<sup>27</sup> Daarmee wordt de eerder ingezette strenge lijn van het HvJ EG bevestigd: een optreden van de rechter buiten de overeenkomst is ook voorgeschreven wanneer de consument op grond van nationaal procesrecht *te laat* is met zijn beroep op de oneerlijkheid van een beding.<sup>28</sup>
- (b) Van de rechter wordt verwacht dat hij een actieve bijdrage levert aan het herstel van het evenwicht tussen de zwakke consument en de 'gewiekste' professionele partij. Om die reden werd in het *Océano*-arrest uit art. 6 lid 1 en 7 lid 1 richtlijn de ambtshalve toetsingsbevoegdheid afgeleid.<sup>29</sup> Deze bevoegdheid van de rechter wordt volgens het HvJ EG 'gerechtvaardigd' door de 'de aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschafte bescherming berust'.<sup>30</sup>

Dit openbare belang vereist dat die consument wordt beschermd, die zich niet (tijdig) op de oneerlijkheid van een beding beroept, 'hetzij omdat hij onwetend is van zijn rechten, hetzij omdat hij ervan afziet zijn rechten geldend te maken wegens de kosten van een vordering in rechte'.<sup>31</sup> Het openbare belang van de richtlijn is een nieuw argument dat niet eerder door het HvJ EG naar voren was geschoven.

## ■ II. Vraagtekens bij de redenering van het HvJ EG

### ■ 1. Beperkingen van de analogie met de *Benetton*-uitspraak

De keuze voor dezelfde conclusie als in de *Benetton*-zaak (omdat de bepalingen uit de Richtlijn oneerlijke bedingen bepalingen van openbare orde zijn, *moet* de rechter in geval van schending van die bepalingen de vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis toewijzen) is naar ik meen weinig onderbouwd. Het argument dat ten grondslag ligt aan de *Benetton*-uitspraak, i.e., dat art. 81 EG een fundamentele bepaling van EG-recht vormt en arbiters geen prejudiciële vragen kunnen stellen, komt niet aan de orde in de *Mostaza Claro*-uitspraak. Aan de *Benetton*-uitspraak is uiteindelijk slechts één argument ontleend: de centraal staande maatregel van EG-recht is ingevolge art. 3 lid 1 sub t EG 'onontbeerlijk voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap'.<sup>32</sup> Dit argument geldt echter in theorie voor alle EG-maatregelen op de verschillende in art. 3 EG genoemde beleidsterreinen.

De analogie leidt tevens tot verwarring. Het is niet helemaal duidelijk uit het arrest op te maken of slechts art. 6 lid 1 dan wel de gehele richtlijn (en haar doelstellingen) van openbare orde is. Naar mijn idee heeft het HvJ EG beoogd te zeggen dat de gehele richtlijn van openbare orde is. Een aantal aanwijzingen in die richting is de verregaande analogie met het mededingingsrecht en de woordkeuze van het HvJ EG wanneer het spreekt van aan 'nationale regels van openbare orde (...) soortgelijke communautaire regels'<sup>33</sup> en stelt dat 'de richtlijn (...) onontbeerlijk' is voor de vervulling van art. 3 lid 1 sub t EG.<sup>34</sup> Echter, wanneer men in acht neemt dat de noodzakelijke bescherming van de onwetende consument, i.e., de interpretatie van art. 6 lid 1 richtlijn in de *Océano*- en *Cofidis*-uitspraken, hét centrale argument vormt (zie II-2) en dat het HvJ EG slechts die bepaling met zoveel woorden 'dwingend' noemt<sup>35</sup>, dan slaat de twijfel toe.

### ■ 2. De beschermingsgedachte als enig argument

Het HvJ EG leidt het openbare orde karakter van de richtlijn *de facto* enkel af uit de algemene beschermingsgedachte die eerder de ambtshalve toetsingsbevoegdheid van de nationale rechter rechtvaardigde.<sup>36</sup> Deze beschermingsgedachte vormt de enige rechtvaardiging voor de strenge lijn van het HvJ EG: de consument moet koste wat kost worden beschermd tegen de professionele partij (die zich van oneerlijke bedingen bedient). In de rechtsoverwegingen 25 t/m 31 en 36 wordt door het HvJ EG uitgebreid ingegaan op het 'door de richtlijn uitgewerkte beschermingstelsel' en zijn verregaande interpretatie ervan in eerdere rechtspraak (zie I-4).

Een 'daadwerkelijke bescherming' op grond van de richtlijn

23 *Mostaza Claro*, r.o. 25, vgl. *Océano*, r.o. 25. Hier komt het verschil aan het licht tussen het aan de richtlijn ten grondslag liggend onderhandelingscriterium en het bestemmingscriterium waarop onze afd. 6.5.3. BW is gebaseerd, een verschil dat de Nederlandse consument de door de richtlijn bedoelde bescherming kan onthouden: Rb. Utrecht 20 december 2006, *LJN* AZ5232, r.o. 4.3.

24 *Mostaza Claro*, r.o. 26, vgl. *Océano*, r.o. 27.

25 *Mostaza Claro*, r.o. 27 en 36, vgl. *Océano*, r.o. 28 en *Cofidis*, r.o. 32. Een recent voorbeeld naar Nederlands recht vormt Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, *LJN* AZ5890.

26 *Mostaza Claro*, r.o. 28-29, vgl. *Océano*, r.o. 26 en *Cofidis*, r.o. 33 en 34.

27 *Mostaza Claro*, r.o. 30-31.

28 Vgl. het buiten toepassing laten van de vervaltermijn in het *Cofidis*-arrest. Zie III-2.

29 *Mostaza Claro*, r.o. 26 en 27.

30 *Mostaza Claro*, r.o. 38.

31 *Mostaza Claro*, r.o. 29.

32 *Mostaza Claro*, r.o. 37.

33 *Mostaza Claro*, r.o. 35.

34 *Mostaza Claro*, r.o. 37.

35 *Mostaza Claro*, r.o. 36.

36 *Mostaza Claro*, r.o. 38.

vereist dat het risico van onwetendheid of onbemiddeldheid aan de zijde van de consument niet wordt onderschat.<sup>37</sup> Mevrouw Mostaza Claro heeft de termijn van tien dagen om haar verzet tegen de arbitrageprocedure te uiten niet benut om een beroep te doen op de oneerlijkheid van het arbitraal beding. Ze deed dat pas tijdens haar beroep tot vernietiging van het arbitraal vonnis bij de rechter. Deze ommissie van haar kant moet worden gecompenseerd door de rechter aldus het HvJ EG, anders zou de doelstelling van art. 6 lid 1 richtlijn (dat oneerlijke bedingen de consument niet binden), 'in gevaar worden gebracht'.<sup>38</sup> Het 'openbare belang' van deze beschermingsgedachte (de compensatie door de rechter van de onwetendheid van de consument) vormt in combinatie met het 'onontbeerlijke' karakter van de richtlijn voor de vervulling van de in art. 3 lid 1 sub t EG genoemde gemeenschapstaak<sup>39</sup> volgens het HvJ EG voldoende aanleiding om de regels uit de richtlijn als aan 'nationale regels van openbare orde (...) soortgelijke communautaire regels' te beschouwen voor wat betreft de toewijzing van een beroep op vernietiging van een arbitraal vonnis. Op grond van art. 3 lid 1 sub t EG<sup>40</sup> zouden zoals eerder gezegd alle consumentenrechtelijke richtlijnen als van openbare orde kunnen worden aangemerkt. De bijzondere uitleg van de uit de richtlijn voortvloeiende beschermingsgedachte (haar openbare belang) maakt dus het verschil. Dit openbare belang wordt als zodanig niet toegelicht door het HvJ EG maar ligt besloten in de noodzakelijke (zelfs verplichte zie V-III) compensatie van de zwakke positie van de consument. Men kan zich echter afvragen of het risico dat de consument zijn rechten niet kent, of problemen ondervindt om deze uit te oefenen, niet door het HvJ EG wordt overschat. Als mevrouw Mostaza Claro bij de rechter een beroep deed op de oneerlijkheid van het arbitraal beding, waarom deed ze dat niet eerder?

### ■ 3. Alternatieve gedachtegang

Het HvJ EG komt tot dezelfde beslissing als A-G Tizzano.<sup>41</sup> De A-G kiest echter voor een iets voorzichtiger en gedetailleerde onderbouwing, die langs mensenrechtelijke bepalingen<sup>42</sup> leidt. Hij betracht in zijn conclusie enige terughoudendheid met betrekking tot het door de Europese Commissie op grond van art. 3 EG lid 1 sub t EG gestelde openbare orde-karakter van de bepalingen uit de richtlijn.<sup>43</sup> De argumentatie van A-G Tizzano, die de analogie met het *Benetton*-arrest doorbreekt en het openbare orde-karakter van de bepalingen in deze context uit het *Krombach*-arrest afleidt, is echter niet door het HvJ EG overgenomen.

## ■ III. Verregaande inmenging van het HvJ EG in de nationale procesorde

### ■ 1. De verdeling van bevoegdheden tussen HvJ EG en nationale rechter in de procesrechtelijke context

Doorwerking van het (materiële) EG-recht vindt plaats in het kader van het nationale procesrecht. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EG beschikken lidstaten over een grote mate van procedurele autonomie. De gedecentraliseerde gemeenschapsrechter past het EG-recht toe met behulp en binnen de grenzen van het nationale procesrecht. Daarbij neemt hij het beginsel van gemeenschapstrouw (art. 10 EG) in acht. Hij zorgt ervoor dat het EG-recht tot gelding komt binnen de nationale rechtsorde.<sup>44</sup> Hoewel het nationale procesrecht een aangelegenheid is van de interne rechtsorde van de lidstaten, waakt het HvJ EG op de naleving van de twee door de nationale rechter bij de toepassing van EG-recht in acht te nemen 'randvoorwaarden': het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel.<sup>45</sup> Aan de hand van deze beginselen oefent het HvJ EG steeds meer invloed uit op het nationale procesrecht. De aanwending van de voorwaarden door het HvJ EG om de communautisering van deelgebieden van het (bestuurs)procesrecht te bewerkstelligen is reeds uitgebreid beschreven.<sup>46</sup> In dit kader verdient, voor wat betreft het civiele procesrecht, de Richtlijn oneerlijke bedingen specifieke aandacht.

### ■ 2. Tweemaal het doeltreffendheidsbeginsel en de Richtlijn oneerlijke bedingen: *Cofidis* als precedent

In het kader van zijn uitleg van de Richtlijn oneerlijke bedingen, vormt de *Mostaza Claro*-uitspraak de tweede uitspraak, waarin het HvJ EG het doeltreffendheidsbeginsel met zoveel woorden aanhaalt<sup>47</sup> en een nationaal procesrechtelijke bepaling, die de uitoefening van de uit de richtlijn voortvloeiende toetsingsbevoegdheid van de rechter (kennelijk ernstig) belemmert, ondergeschikt maakt aan dit beginsel. Het HvJ EG zette in de *Cofidis*-uitspraak eerder al het beginsel van procesautonomie opzij omwille van het door de richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel. Het HvJ EG lijkt 'inmenging' in de nationale procesorde in het kader van zijn interpretatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen niet te schuwen. Opmerkelijk genoeg wordt door het HvJ EG in dit bijzondere opzicht niet naar de *Cofidis*-uitspraak verwezen. Wel leunt de argumentatie van het HvJ EG, zo zagen wij onder II-2, uitgebreid op de beschermingsgedachte achter het (*Océano*- en het) *Cofidis*-arrest.

In het *Cofidis*-arrest heeft het HvJ EG het doeltreffendheidsbeginsel aangehaald daar waar het Franse procesrecht (de vervalttermijn uit L. 311-37 C. consom.) de mogelijkheid van de rechter, om een beding (al dan niet ambtshalve) op zijn oneerlijke karakter te toetsen, dwarsboomde.<sup>48</sup> Het HvJ EG kwam tot de conclusie dat een vervalttermijn die de natio-

37 *Mostaza Claro*, r.o. 28.

38 *Mostaza Claro*, r.o. 30-31.

39 Naar analogie met het *Benetton*-arrest, waarin art. 81 EG als 'onontbeerlijk' werd geacht voor de realisering van de in art. 3 lid 1 sub t EG verwoorde Gemeenschapstaak.

40 *Mostaza Claro*, r.o. 37.

41 Conclusie voor HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*.

42 Hij stelt de rechten van de verdediging voorop als zijnde 'fundamentele rechten die voortvloeien uit de constitutionele tradities welke de lidstaten gemeen hebben' (naar analogie met HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, *Krombach*, Jur. 2000, p. I-1935, r.o. 38): concl. sub

57-61 voor *Mostaza Claro*.

43 Concl. sub 55-56 voor *Mostaza Claro*.

44 H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht', *MvV* 2006, 7/8, p. 147-151.

45 Krans 2006, p. 148-149: zie noot 9.

46 J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 339 e.v.

47 *Mostaza Claro*, r.o. 24. Vgl. *Cofidis*, r.o. 37.

48 *Cofidis*, r.o. 37.

nale rechter verbiedt om na het verstrijken ervan ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie het oneerlijke karakter van een beding vast te stellen, buiten toepassing moest worden gelaten.

In de *Cofidis*-uitspraak werd in het kader van de Richtlijn oneerlijke bedingen voor het eerst gezocht naar een 'balans tussen de noodzaak om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren en het even noodzakelijke respect voor de nationale (proces)rechtsorde, waarvan deze doorwerking afhankelijk is'.<sup>49</sup> In *Cofidis* woog 'de noodzaak om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren' uiteindelijk het zwaarst.<sup>50</sup> Het ging hierbij om 'de beoordeling van een individueel geval' waarbij uitdrukkelijk werd gekeken naar 'de plaats van die bepaling in de gehele procedure voor de verschillende nationale instanties en van het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure'. Deze beoordeling, 'waarbij de volledige feitelijke en juridische context van de betrokken zaken in aanmerking is genomen', zou 'niet automatisch kunnen gelden op andere gebieden dan die in het kader waarvan zij tot stand is gekomen'.<sup>51</sup> Het HvJ EG benadrukte in *Cofidis* de situatiegebondenheid van de opgemaakte balans.

### ■ 3. *Mostaza Claro*: een stap verder dan *Cofidis*?

In de *Mostaza Claro*-uitspraak luidde het antwoord op de vraag of een procesrechtelijke bepaling de toepassing van de richtlijn onmogelijk of uiterst moeilijk maakte net als in de *Cofidis*-uitspraak bevestigend. In zijn antwoord op de vraag van de Spaanse rechter moest het HvJ EG in *Mostaza Claro* wederom op zoek naar een balans tussen het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van procesautonomie.<sup>52</sup> In de lijn van *Cofidis* zou men opnieuw de beoordeling van een individueel geval verwachten, waarbij de volledige feitelijke en juridische context van de betrokken zaak in aanmerking zou worden genomen.

In de *Mostaza Claro*-uitspraak ging het HvJ EG echter een stap verder dan in de *Cofidis*-uitspraak. Naar aanleiding van deze uitspraak rijst niet alleen de vraag of de volledige (nationale) feitelijke en juridische context van de betrokken zaak wel in aanmerking is genomen (dit blijkt amper uit het arrest). De vraag rijst ook, of het HvJ EG niet vooruit heeft willen lopen op toekomstige zaken waarin het nationale procesrecht de doorwerking van de richtlijn enigszins zal belemmeren.

Het opzijzetten van de Spaanse procesrechtelijke spelregel veronderstelt dat het HvJ EG het (te) late beroep van mevrouw *Mostaza Claro* wijdt aan *potentiële* onwetendheid en/of onbemiddeldheid van haar kant. Of hier inderdaad sprake van is geweest, blijkt niet uit het arrest, dat weinig aandacht aan de specifieke feitelijke context van het geval besteedt. Dat het HvJ EG 'toenmalige' onwetendheid over de mogelijkheid van een beroep op de nietigheid van het

arbitraal beding kennelijk niet uitsluit, kan men slechts afleiden uit het verband dat wordt gelegd tussen het risico van onwetendheid en onbemiddeldheid van de consument en de noodzaak van compensatie van de ommissie van mevrouw *Mostaza Claro* op grond van art. 6 lid 1 richtlijn.<sup>53</sup> Men onttrekt zich niet aan de indruk dat het nationale procesrecht volgens het HvJ EG in geen enkel opzicht aan de bescherming tegen oneerlijke bedingen in de weg mag staan, het beginsel van procesautonomie ten spijt. Na *Cofidis* lijkt de balans dus definitief doorgeslagen in het voordeel van het doeltreffendheidsbeginsel. Daar waar in de *Cofidis*-uitspraak het HvJ EG nog enig voorbehoud maakte voor wat betreft de strekking van zijn uitspraak<sup>54</sup>, wordt de contextgebondenheid van de opgemaakte balans in de *Mostaza Claro*-uitspraak niet langer onderstreept. Van 'maatwerk', zoals dat in *Cofidis* plaatsvond, was geen sprake.

## ■ IV. Doeltreffende doorwerking richtlijn niet gegarandeerd door vergaande inmenging HvJ EG

### ■ 1. *De nationale juridische context blijft bepalend*

De effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen wordt niet automatisch bereikt met een diepgaande inmenging van het HvJ EG in het nationale procesrecht. Uiteindelijk blijft de bredere juridische context van de opzij gezette regel bepalend. Het HvJ EG bedoelt met zijn verregaande bemoeienis met de procesorde van de lidstaten de doeltreffendheid van de richtlijn en het daarin neergelegde beschermingsstelsel te waarborgen. Of dit doel ook daadwerkelijk wordt behaald, hangt af van de mate waarin het nationale recht het effect van de uitspraak (het buiten toepassing laten van die ene regel) belemmert dan wel ondersteunt en welk gebruik de rechter van deze mogelijkheden maakt. Als hij zich wil verzetten tegen de repercussies van de uitspraak van het HvJ EG en het nationale recht hem daartoe de mogelijkheid biedt, zal er van een doeltreffende doorwerking van de richtlijn, zoals door het HvJ EG bedoeld, geen sprake zijn. Zoveel blijkt uit de reactie van literatuur en rechtspraak op de *Cofidis*-uitspraak.<sup>55</sup>

### ■ 2. *De lessen van Cofidis*

Door de gelijke, consumentenbeschermende, strekking van de oneerlijkheidstoets en de formele toets op het gebied van het consumentenkrediet bestaat bij de lagere rechter soms verwarring over de implicaties van het *Cofidis*-arrest. Het opnemen in een kredietovereenkomst van een bepaling die afwijkt van de in het hoofdstuk Consumentenkrediet van de Code de la Consommation vastgestelde balans tussen rechten en plichten van beide partijen is een vormfout.<sup>56</sup> Een dergelijke afwijking kan deze balans ook verstoren en de positie van de consument-kredietnemer ten opzichte van de positie van de kredietgever onaanvaardbaar doen ver-

49 H.B. Krans, H.H.B. Vedder & M.H. Wissink, 'Ambtshalve toetsing van overeenkomsten aan het kartelverbod', *VrA* 2005/1, p. 6.

50 *Cofidis*, r.o. 36.

51 *Cofidis*, r.o. 37. Krans spreekt van 'maatwerk' bij de toepassing van de *Rewe*-voorwaarden: Krans 2006, p. 149.

52 Dit valt af te leiden uit *Mostaza Claro*, r.o. 24, waarin de *Rewe*-voorwaarden het beginpunt vormen van de argumentatie van het HvJ EG.

53 *Mostaza Claro*, r.o. 30.

54 *Cofidis*, r.o. 37.

55 Zie bijv. C. Nourissat, 'Droit communautaire et forclusion biennale: l'étrange effet utile de l'esprit de la directive 'clauses abusives'', *Dalloz* 2003, p. 486-490.

56 Denk bijvoorbeeld aan het verkorten van een termijn voor de weigering van een nieuw kredietaanbod.

slechteren, hetgeen duidt op oneerlijkheid in de zin van de richtlijn.<sup>57</sup> De vervaltermijn kan echter slechts ten behoeve van de ambtshalve oneerlijkheidstoets opzij worden geschoven. Om toepassing te geven aan de toets of voldaan is aan de strenge vormvoorschriften op het gebied van het consumentenkrediet, dat als sanctie geen nietigheid maar verval van recht kent, mag de vervaltermijn niet opzij worden gezet.<sup>58</sup> Deze formele toets mag niet ambtshalve worden uitgeoefend.

Waar bij de lagere rechter soms verwarring bestaat, is er bij de hoogste Franse rechter sprake van verzet tegen de bemoeienis van het HvJ EG met de vervaltermijn. Dit verzet uit zich door een strenge afstraffing van de ontstane verwarring. Het Hof van Cassatie heeft onlangs een grens willen stellen aan de toename van de ambtshalve toepassing van de 'verval van recht'-sanctie via de omweg van de inhoudstoets (de weg die werd geopend door het *Cofidis*-arrest).<sup>59</sup> De strenge lijn van het Hof van Cassatie (i.e. het aanscherpen van het verschil tussen de toetsen en bijbehorende sancties) heeft gevolgen voor de consumentenbescherming op grond van de richtlijn. Waar sprake is van zowel een vormvoorschrift als een oneerlijk beding en het onderscheid tussen de toetsen en bijbehorende sancties door de rechter niet voldoende wordt aangescherpt, loopt de consument het risico niet beschermd te worden door de *Océano*-leer.<sup>60</sup>

### ■ 3. Gunstige gevolgen *Mostaza Claro*-uitspraak voor de Nederlandse consument?

Of het onderwerpen van nationale regels van arbitrale rechtspleging aan de doeltreffendheid van de richtlijn ook in het voordeel van de consument zal uitpakken, hangt uiteindelijk af van de houding van de Nederlandse rechter ten opzichte van arbitrale bedingen (a) en op het vinden van een evenwicht tussen bescherming van de consument en het waarborgen van een doeltreffend arbitragerecht in consumentenzaken (b).

(a) Het voorstel tot wijziging van de Arbitragewet<sup>61</sup> voor-

ziet onder meer in de plaatsing van het arbitraal beding in consumentenzaken op de zwarte lijst (aanpassing van art. 6:236 sub n BW).<sup>62</sup> Er bestond tot voor kort<sup>63</sup>, ondanks de lang gehoorde kritiek op arbitrale bedingen<sup>64</sup>, geen voorbeeld van een arbitraal beding in een consumentenovereenkomst dat als onredelijk bezwarend was gekwalificeerd.<sup>65</sup> Het Nederlandse recht staat bekend om zijn 'welwillende houding ten opzichte van arbitrage in consumentenzaken'<sup>66</sup>, terwijl de ervaringen met arbitrage in dergelijke zaken niet onverdeeld positief waren. Deze ervaringen alsmede de EG-rechtelijke ontwikkelingen op het terrein van de algemene voorwaarden nopen volgens bovenstaand voorstel tot nationale aanpassingen in wet en praktijk.<sup>67</sup>

In een land waar het arbitraal beding tot nog toe bewust buiten de lijsten is gehouden en vrijwel nooit aan de oneerlijkheidstoets wordt onderworpen, zal de welwillende houding van de rechter waarschijnlijk blijven bestaan, tenzij het voorstel tot wijziging van de Arbitragewet hier verandering in brengt. Wanneer de rechter kritischer naar arbitrale bedingen gaat kijken en de consument het zwarte karakter van arbitrale bedingen (die minder dan een maand de tijd laten om zich tot de rechter te wenden) kan invoeren, zal de impact van de *Mostaza Claro*-uitspraak (en de daarmee beoogde effectieve doorwerking van de richtlijn en bijbehorende bescherming van de consument) in Nederland toenemen.<sup>68</sup> Het effect van de uitspraak hangt af van de toepassing van de onredelijk bezwarendheidstoets op arbitrale bedingen door de nationale rechter. Daarover zegt het arrest overigens niets.<sup>69</sup>

(b) De *Mostaza Claro*-uitspraak heeft het nationale arbitrage-recht in consumentenzaken aan het wankelen gebracht; niet in Spanje want daar is de wet reeds aangepast<sup>70</sup> maar in andere landen, waaronder Nederland, waar de nietigheid van de arbitrageovereenkomst nog steeds tijdens de arbitrageprocedure moet worden opgeworpen. In Nederland geldt dat de verweerder, die niet tijdig

57 TI Niort 7 oktober 1998; TI Niort 16 december 1998; TI Rochedou-art 8 november 2002 (<http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.html>); TI Roubaix 11 september 2003, m.nt. J.-P. Tricoit, *Dalloz* 2005, p. 444.

58 Sinds eind 2001 geldt de vervaltermijn door de inwerkingtreding van de loi MURCEF alleen nog voor de door de kredietverlener ingestelde vordering jegens de kredietnemer. Deze wet heeft geen terugwerkende kracht: de *Cofidis*-uitspraak heeft dus betrekking op die contracten die tussen 1 januari 1995 en 11 december 2001 zijn gesloten.

59 Cass. civ. 1re, 23 november 2004, *Bull. civ.* no 247.

60 Een lagere rechter heeft vorig jaar een prejudiciële vraag gesteld met betrekking tot de ambtshalve toepassing van de Richtlijn Consumentenkrediet in de hoop het tweesporenbeleid van het Hof van Cassatie ten aanzien van de formele toets en de oneerlijkheidstoets door het HvJ EG te laten doorkruisen: *PbEU* 2006, C 36.

61 Zie <http://www.arbitragewet.nl/downloads.xml> voor een uitgebreide toelichting op het voorstel tot wijziging.

62 Arbitrage zou dan worden toegevoegd aan het bestaande art. 6:236 sub n BW, hetgeen betekent dat een arbitraal beding zwart is tenzij het de wederpartij een termijn gunt van ten minste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.

63 Rb. Arnhem 23 november 2005, *LJN* AV1969.

64 Deze kritiek stamt uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:236

sub n BW.

65 In de Nederlandse jurisprudentie is maar één voorbeeld bekend van een arbitragebeding in een overeenkomst met een consument dat op grond van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing werd gelaten: Ktg. Zierikzee 19 februari 1988, *TvA* 1988, p. 147. Zie echter: HR 23 maart 1990, *NJ* 1991, 214 (*Botman/Van Haaster*) (geen consument).

66 A.A.H. van den Hoek, 'Weg met het arbitragebeding in de algemene voorwaarden voor de bouw?!', *NJB* 2003, p. 20-21.

67 Zie <http://www.arbitragewet.nl/downloads/Toelichting.pdf>, p. 9, 10 en 15.

68 De *Mostaza Claro*-uitspraak zal naar verwachting vooral betrekking hebben op 'zwarte' arbitrale bedingen, tenzij de rechter ook bedingen met een langere termijn achteraf onredelijk bezwarend acht.

69 Het HvJ EG lijkt het sinds de *Océano*-uitspraak te hebben voorzien op bedingen die de rechtstoegang belemmeren, al wordt deze lijn niet uitdrukkelijk door het HvJ EG benoemd. Het HvJ EG gaat in zijn overwegingen niet dieper in op onderdeel q van de bijlage, waar een dergelijke verdieping zonder problemen had kunnen aansluiten op de (niet overgenomen) argumenten van de A-G omtrent de rechten van de verdediging. Het HvJ EG heeft een kans gemist om zijn verzet tegen dit type bedingen te benadrukken en onderdeel q (en toepassing hiervan) verder uit te leggen.

70 Verzet tegen arbitrage, met name wegens nietigheid van de arbitrageovereenkomst, hoeft niet langer te worden gedaan op het moment waarop partijen hun oorspronkelijke eisen indienen (r.o. 32).

(vóór alle weren) een beroep heeft gedaan op de onbevoegdheid van arbiters op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, ex art. 1052 lid 2 Rv het recht verliest om dat alsnog te doen. De ratio achter deze regel is dat het pas na afloop van de arbitrage-procedure indienen van een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst bij de overheidsrechter vanuit een oogpunt van behoorlijke procesgang en proceseconomie ongewenst is.<sup>71</sup>

De tegenpartij Mòvil en de Duitse regering hebben aangevoerd dat tornen aan het beperkte karakter van de toetsing en het uitzonderlijke karakter van de vernietiging van arbitrale vonnissen de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging ernstig zou aantasten.<sup>72</sup> Dit wordt niet ontkend door het HvJ EG, dat evenwel stelt dat het openbare orde-karakter van de richtlijn de toetsing van (aan) arbitrale vonnissen (ten grondslag liggende bedingen) vereist, daar waar de 'rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen'.<sup>73</sup> Daarmee wordt het uitzonderlijke karakter van de toetsing van arbitrale vonnissen niettemin uitgehouden. De gevallen waarin de nietigheid van de overeenkomst achteraf kan worden uitgesproken, worden door deze uitspraak verruimd<sup>74</sup>, waardoor arbitrage in consumentenzaken een minder aantrekkelijk want onzeker alternatief zal worden voor de professionele partij. Dat dit een positieve ontwikkeling voor de consument zou zijn, is niet zonder meer waar. Het verruimen van de mogelijkheden om een dergelijk beroep in te stellen, doet afbreuk aan de door arbitrage beoogde procedurele vereenvoudiging en snelheid, die ook de consument ten goede kan komen. Arbitrage kan ook voor hem voordelen hebben als een zekere laagdrempeligheid en een hoog niveau van technisch-deskundigheid.

Wanneer het verdwijnen van arbitrage in consumentenzaken toch overwegend in het voordeel van de consument zou zijn, dan nog hangt dit verdwijnen af van de bereidheid van de rechter om art. 1052 Rv in een aan de *Mostaza Claro*-zaak soortgelijk feitencomplex daadwerkelijk opzij te zetten. Is een (geslaagd) beroep op de nietigheid van het arbitraal beding door een consument, achteraf, in het kader van een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis, aanleiding voor de rechter om toepassing te geven aan art. 1065 lid 1 sub (a) of zelfs (e) Rv? De vraag rijst of art. 1052 Rv voor consumentenzaken onder invloed van *Mostaza Claro* en het mogelijk toe-

komstige art. 6:236 sub n BW zal moeten worden aangepast.

## ■ V. Betekenis van het arrest voor de ambtshalve toetsingsbevoegdheid van de nationale rechter

### ■ 1. Vragen naar aanleiding van het openbare orde-karakter van de richtlijn: de *Van Schijndel*-uitspraak voorbij?

Al heeft de prejudiciële vraag niet rechtstreeks betrekking op de ambtshalve toetsingsbevoegdheid van de nationale rechter<sup>75</sup>, de betekenis van het *Mostaza Claro*-arrest voor die bevoegdheid verdient de nodige aandacht. Dit geldt te meer nu het HvJ EG veelvuldig naar de rechtspraak inzake de ambtshalve toetsingsbevoegdheid van de nationale rechter verwijst in zijn onderbouwing van het openbare orde-karakter van de richtlijn met het oog op de vernietiging van een arbitraal vonnis.

Nu de overwegingen van het HvJ EG een weinig feitelijk en qua reikwijdte abstract en algemeen karakter dragen, kan men vraagtekens plaatsen bij de contextgebondenheid van het openbare orde-karakter van de richtlijn.

Wanneer aangenomen mag worden dat het openbare orde-karakter van de richtlijn ook betrekking heeft op de context van de ambtshalve toetsing door de nationale rechter rijzen er ten aanzien van die toetsingsbevoegdheid twee prangende vragen. De eerste vraag is die naar de betekenis van de *Mostaza Claro*-uitspraak voor de discussie rond het dwingende dan wel vrijblijvende karakter van de rechterlijke ambtshalve toetsingsbevoegdheid.<sup>76</sup> De tweede, meer gedurfde, vraag is of deze uitspraak impliceert dat de Nederlandse rechter omwille van de ambtshalve toepassing van de oneerlijkheidstoets buiten de grenzen van het partijdebat mag treden. Een positief antwoord op deze vraag zou betekenen dat de lessen van *Van Schijndel*<sup>77</sup> op het terrein van de algemene voorwaarden niet langer gelden. Uit de *Van Schijndel*-uitspraak kan worden opgemaakt dat het EG-recht de nationale rechter er niet toe verplicht ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan een schending van EG-recht als hij daarbij de hem passende lijdelijkheid op het spel moet zetten. Bij de ambtshalve toepassing van de oneerlijkheidstoets conform het *Océano*-arrest wordt tot nu toe aangenomen dat de rechter conform de *Van Schijndel*-uitspraak binnen de grenzen van het partijdebat moet blijven.<sup>78</sup>

### ■ 2. Contextgebondenheid van het openbare orde-karakter van de richtlijn

Uit het *Benetton*-arrest blijkt dat het openbare orde-karakter

71 *Kamerstukken I* 1985/86, 18 464, nr. 191b, p. 2 (MvA), waarin tevens wordt verwezen naar soortgelijke bepalingen in internationale verdragen inzake arbitrage.

72 *Mostaza Claro*, r.o. 33-34. Een verdere uitwerking van dit argument vindt men overigens niet terug in het arrest.

73 *Mostaza Claro*, r.o. 35. Vgl. *Benetton*.

74 V. Avena-Robardet, 'Annulation d'une sentence arbitrale en cas de clause abusive dans la convention d'arbitrage', *Dalloz* 2006, p. 2910.

75 Mevrouw *Mostaza Claro* heeft de nietigheid van het beding en van het arbitraal vonnis achteraf zelf ingeroepen. A-G Tizzano heeft de prejudiciële vraag echter opgevat als rechtstreeks betrekking hebbend op de ambtshalve toetsing van het arbitraal beding (concl. sub 2, 34, 42 en 57). Hij gaat in op een vraag die anders geformuleerd is dan de door de Spaanse rechter gestelde (*PbEU* 2005, C 155) en door het HvJ EG beantwoorde vraag.

76 Zie C.M.D.S. Pavillon, 'De wisselende betekenis van de richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak: een drieluik', *VrA* 2006/2, p. 42-45.

77 HvJ EG 14 december 1995, *Van Schijndel*, NJ 1997, 117. In deze zaak stond de vraag centraal naar de eventuele ambtshalve toepassing van (dwingend en in Nederlands recht rechtstreeks toepasselijk) EG-mededingingsrecht nu daarop door de procespartij, die bij de toepassing belang heeft, geen beroep was gedaan. Het HvJ EG verklaarde dat de nationale rechter dat behoorde te doen zolang het nationale recht dat toeliet, dat wil zeggen zolang de Nederlandse rechter binnen de grenzen van art. 23-25 Rv bleef.

78 B. Wessels & M.H. Wissink, 'Inleiding', in: R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2006, p. 17.



van een bepaling kan variëren van de ene rechtsituatie naar de andere. Het openbare orde-karakter van bepalingen zou contextgebonden zijn<sup>79</sup>, met andere woorden 'wat in de context van ambtshalve toepassing niet van openbare orde is, kan dat in de context van art. 1065 Rv<sup>80</sup> wel zijn'.<sup>81</sup> Er bestaat thans voldoende reden om de vraag naar de contextgebondenheid van het openbare orde-karakter van de EG-rechtelijke bepaling anders te beantwoorden dan naar aanleiding van de *Benetton*-zaak. In het *Mostaza Claro*-arrest leidt de motivering van het HvJ EG tot de volgende conclusie: wat in de context van art. 1065 Rv van openbare orde is, is dat in de context van de ambtshalve toetsing ook. In beide contexten is immers sprake van dezelfde algemene en dwingende noodzaak de onwetende en onbemiddelde consument te beschermen tegen oneerlijke bedingen. In zowel de *Océano*- als de *Mostaza Claro*-context geldt dat de bescherming die uitgaat van de richtlijn als zo fundamenteel kan worden beschouwd dat zij toepassing van de oneerlijkheidstoets eist. Het HvJ EG leidt het openbare orde-karakter van de richtlijn af, zo zagen we, uit dezelfde dwingende beschermingsgedachte, waarvan het 'openbare belang' eerder de ambtshalve toetsingsbevoegdheid rechtvaardigde.<sup>82</sup> Van contextgebondenheid van het openbare orde-karakter van de richtlijn, nu de rechter *steeds* moet uitgaan van een abstracte, *potentieel* onwetende en onbemiddelde, consument, lijkt geen sprake.<sup>83</sup> De beschermingsgedachte wordt in *Mostaza Claro* veralgemeniseerd en geabstraheerd. De dwingende noodzaak een oneerlijk beding (alsnog) al dan niet ambtshalve te vernietigen, wordt losgekoppeld van een feitelijke toetsing (was mevrouw Mostaza Claro daadwerkelijk onwetend ten tijde van de arbitrageprocedure?). Het gaat niet om de realiteit doch om het risico van de onwetende consument en dit risico geldt bij alle typen (oneerlijke) bedingen en, zo lijkt het, in elke fase van een gerechtelijke procedure. De consument in de rechtspraak betreffende de Richtlijn oneerlijke bedingen is in tegenstelling tot de consument in de jurisprudentie inzake het vrije verkeer van goederen<sup>84</sup> geen fictieve consument. Niettemin lijkt het HvJ EG, door van de concrete feiten te abstraheren, ook in de sfeer van de algemene voorwaarden een abstract normatieve referentie-consument te willen ontwikkelen. Deze consument is, als vast uitgangspunt, zwak, onwetend en onbemiddeld. Er is echter wel enige voorzichtigheid geboden: de bepalingen uit de Richtlijn oneerlijke bedingen worden door het HvJ EG niet met zoveel woorden als bepalingen van openbare orde aangemerkt, laat staan dat zij als van openbare orde *met het oog op* de ambtshalve toetsing worden genoemd. Dit laatste blijkt echter impliciet uit de volgende overweging: 'de aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument ver-

schaftte bescherming berust, rechtvaardigen *bovendien* (mijn curs. CMDSP) dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is'.<sup>85</sup>

### ■ 3. Toch een verplichting om ambtshalve te toetsen ...

De meest ingrijpende gevolgen van dit arrest bevinden zich niet zozeer op het terrein van het arbitragerecht als wel op het terrein van de ambtshalve toetsingsbevoegdheid van de rechter. De discussie over de vraag of de ambtshalve toetsingsbevoegdheid vrijblijvend dan wel dwingend dient te worden opgevat, wordt in dit arrest door het HvJ EG in het voordeel van de laatste opvatting beslecht. De abstracte, op meer contexten dan alleen die van de vernietiging van arbitrale vonnissen van toepassing zijnde beschermingsgedachte (de noodzaak van bescherming van de *in potentie* onwetende en onbemiddelde consument), waarin het openbare orde-karakter van de richtlijn is gelegen, ondersteunt deze conclusie.<sup>86</sup>

Deze conclusie wordt voorts bevestigd door de door het HvJ EG gekozen bewoordingen in de eerdergenoemde overweging: 'De aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschaftte bescherming berust, rechtvaardigen bovendien dat de nationale rechter ambtshalve *dient* (mijn curs. CMDSP) te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren'.<sup>87</sup> Het HvJ EG gaat in onderhavige uitspraak een stap verder dan in eerdere arresten. De woordkeuze in *Mostaza Claro* wijkt af van die in de *Océano*-uitspraak, waarin de rechter slechts 'toestemming' kreeg om ambtshalve te toetsen.<sup>88</sup>

Het 'openbare belang' van de algemene beschermingsgedachte houdt dus een verplichting in voor de rechter om de zwakke positie van de in potentie onwetende en onbemiddelde consument te compenseren en het evenwicht tussen consument en professionele gebruiker te herstellen.<sup>89</sup>

Regels van openbare orde moeten door de Nederlandse rechter ambtshalve worden toegepast, zelfs als partijen de bedoeling hebben ervan af te wijken. Toepassing van de ambtshalve toetsingsverplichting komt naar Nederlands recht neer op het interpreteren van het BW in conformiteit met de interpretatie die het Hof heeft gegeven aan art. 6 lid 1 en 7 lid 1 richtlijn in zijn rechtspraak inzake de richtlijn. Echter, deze richtlijnconforme interpretatie van in ons recht het meest voor de hand liggend art. 6:233 sub a BW kan slechts *voor zover mogelijk* plaatsvinden<sup>90</sup> en de aard van de sanctie (vernietiging) gooit hier roet in het eten. Terugvallen op art. 6:248 lid 2 BW of het in de literatuur naar voor voren geschoven art. 3:40 lid 2 BW lijkt in ons recht de aangewezen weg totdat art. 6:233 sub a BW wordt aangepast.<sup>91</sup> De vraag is

79 H.J. Snijders, noot onder HR 25 februari 2000, NJ 2000, 340 (*Benetton*).

80 Rechterlijke toetsing van arbitrale vonnissen.

81 Krans e.a. 2005, p. 23-24.

82 *Mostaza Claro*, r.o. 38.

83 *Mostaza Claro*, r.o. 28.

84 De redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument: zie HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, *Gut Springenheide*, NJ 2000, 374.

85 *Mostaza Claro*, r.o. 38.

86 Een van die contexten is de context van de ambtshalve toetsing: *Mostaza Claro*, r.o. 38 (zie V-2).

87 *Mostaza Claro*, r.o. 38. De verplichting blijkt tevens uit de andere taalversies van de uitspraak.

88 Vgl. *Océano*, r.o. 25 ('mag').

89 *Mostaza Claro*, r.o. 31 en 36.

90 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, *Marleasing*, NJ 1993, 163.

91 Zie Pavillon 2006, p. 48-52. In de rechtspraak wordt de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts impliciet gebruikt om bedingen hun werking te ontnemen, de rechter volstaat soms met de constatering dat een beding op de zwarte lijst voorkomt (recent nog: Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, LJN AZ5890), toepassing van art. 3:40 lid 2 BW blijft uit.

voorts of de verplichting tot ambtshalve toetsing, in overeenstemming met de *Van Schijndel*-uitspraak, slechts geldt zolang de rechter binnen de grenzen van het partijdebat blijft.

#### ■ 4. Ambtshalve aanvulling van de feitelijke grondslag?

Het staat de rechter niet vrij zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Maar wat als deze feiten of omstandigheden wijzen op een (niet ter discussie staande) oneerlijk beding in een contract met een zwakke, (mogelijk) onwetende en onbemande consument? Art. 24 Rv bindt de rechter aan de grondslag van het verzoek, de vordering of het verweer zoals door partijen aangevoerd. Gaat deze lijdelijkheid van de rechter echter nog steeds op in het licht van onderhavige uitspraak?

De door het HvJ EG ingezette lijn is duidelijk: de doeltreffendheid van de Richtlijn oneerlijke bedingen heeft, na *Cofidis*, opnieuw voorrang verkregen boven het beginsel van procesautonomie. Het nationale procesrecht mag de effectieve toepassing van het door de richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel niet belemmeren. In dit licht rijst de vraag of de verplichting tot ambtshalve toetsing zo ver reikt dat de toetsingsbevoegdheid en daaruit voortvloeiende beschermingsgedachte niet mag worden beperkt door het verbod van aanvulling of wijziging van de feitelijke grondslag van het geschil. Hierdoor wordt de corrigerende werking van art. 25 Rv immers beperkt. Gezien zijn verregaande interpretatie van de beschermingsgedachte, valt te verwachten dat het HvJ EG in het kader van de Richtlijn oneerlijke bedingen in de toekomst voor wat betreft de lijdelijkheid van de rechter afstand zal nemen van de *Van Schijndel*-uitspraak. Voorlopig geldt deze uitspraak bij de toetsing van algemene voorwaarden nog steeds, maar voor hoe lang nog?

### ■ VI. Tot slot: Hofstetter bevestigd

#### ■ 1. Geen concretisering van de oneerlijkheidstoets

In dit arrest wordt in navolging van het *Hofstetter*-arrest uit 2004<sup>92</sup> niet verder ingegaan op de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding. In rechtsoverweging 6 worden art. 3 van de richtlijn en onderdeel q van de bijlage bij de richtlijn genoemd zonder dat het HvJ EG zich uitlaat

over de toepassing van deze bepalingen. Op grond van de vraagstelling van de verwijzende rechter was ook niet te verwachten dat het HvJ EG zou ingaan op de oneerlijkheidstoets: de prejudiciële vraag betrof geenszins de inhoudelijke toepassing van de toets uit art. 3. Opvallend is dan ook dat het HvJ EG niettemin van de gelegenheid gebruikmaakt om zijn standpunt over de competentieverdeling tussen HvJ EG en nationale rechter met betrekking tot de concretisering van de materiële bepalingen van de richtlijn (oneerlijkheidstoets) nogmaals te onderstrepen. In de *Mostaza Claro*-uitspraak zetten het HvJ EG en A-G Tizzano zich, zo lijkt het, steeds verder af tegen de *Océano*-uitspraak waarin het volgens het HvJ EG onder onderdeel q vallende forumkeuzebeding inhoudelijk werd beoordeeld.<sup>93</sup> A-G Tizzano spreekt te dien aanzien in zijn conclusie van een 'précédent tout-à-fait exceptionnel'.<sup>94</sup> Verdere concretisering van art. 3 richtlijn (en de bijbehorende lijsten) ligt niet in de lijn der verwachting.

#### ■ 2. Contrast

Het HvJ EG waagt zich niet (meer) aan inhoudelijke beoordeling van algemene voorwaarden maar eist wel dat de nationale rechter dat *ambtshalve* doet. Het HvJ EG geeft met deze uitspraak aan zich steeds verder te willen inlaten met de nationaal procesrechtelijke setting van de strijd tegen oneerlijke bedingen. Met betrekking tot de randvoorwaarden waarbinnen de lidstaten hun nationale procesrecht aanwenden om toepassing te geven aan de richtlijn, doet het HvJ EG meer dan alleen 'een vinger aan de pols'<sup>95</sup> houden. Dit gaat ten koste van de procedurele autonomie van de lidstaten. Art. 6 richtlijn is het enige artikel dat door het HvJ EG van een systematische uitleg is voorzien (beschermingsgedachte), een uitleg die bovenal verregaande procesrechtelijke implicaties heeft (opheffing van procesrechtelijke belemmeringen, openbare orde-karakter richtlijn, ambtshalve toetsingsbevoegdheid). Hiertegenover staat dat het HvJ EG steeds verder afstand lijkt te nemen van de hem toekomende bevoegdheid om de overige materiële bepalingen uit de richtlijn uit te leggen, men denke aan het *goede trouw*-begrip uit art. 3 richtlijn waarover nog veel onduidelijkheid bestaat.<sup>96</sup> Het HvJ EG lijkt zich echter niet aan de interpretatie van de open norm van de Richtlijn oneerlijke bedingen te willen wagen en verkiest 'harmonisatie' van de procedurele aspecten boven de harmonisatie van de inhoudelijke aspecten van de toets.<sup>97</sup>

92 In r.o. 22-23 wordt verwezen naar het *Hofstetter*-arrest.

93 *Océano*, r.o. 22.

94 Concl. sub 30 voor *Mostaza Claro*. De verantwoording voor de uitoefening van de oneerlijkheidstoets door het HvJ EG lag in het apert oneerlijke karakter van het beding. Het bijzondere karakter van de *Océano*-uitspraak werd al benadrukt in *Hofstetter* (r.o. 23). Nu doet het HvJ EG, zo lijkt het, opnieuw een stapje terug.

95 Krans 2006, p. 148.

96 G. Alpa, 'A Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom (What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience)', *EBLR* 2004, p. 1128-1129.

97 Mogelijk voorziet het HvJ EG dat inhoudelijke harmonisatie veel moeilijker te bereiken is.